



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL

Villavicencio, Treinta (30) de Noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 500014003001-2015-01192-00
Clase: ACCION DE TUTELA DE 1ª INSTANCIA
Accionante: NIDYA NADIME NIÑO FORERO
Accionado: SANITAS E.P.S.

1. ANTECEDENTES

NIDYA NADIME NIÑO FORERO, acude a la jurisdicción en acción constitucional de tutela presentada el 17 de noviembre de la anualidad, habiéndosele realizado por secretaria los requerimientos previos a admisión, y finalmente admitida con auto de fecha 23 de mes y año presente, por medio de la cual solicita la protección de sus derechos fundamentales a la Vida, mínimo vital, igualdad y de los niños por parte de su **E.P.S. - SANITAS -**.

2. NOTIFICACIONES

2.1. La entidad accionada **SANITAS E.P.S.**, como consta a folio 10, fue notificada personalmente del requerimiento previo a admisión mediante el funcionario del juzgado – citador, el día 19 de noviembre de 2015.

2.2. A la accionante **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, se le notifico de la admisión de la presente acción de tutela mediante telegrama No.0393, el cual fue enviado a través del correo 472, el día 25 de noviembre de la anualidad. (Folio 30)



3. PRETENSIONES

La señora **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y los de su menor hija **SHAIRA FERNANDA RODRIGUEZ NIÑO**, a la Vida, mínimo vital, igualdad y de los niños; y como consecuencia de ello, solicita ordenar a la accionada SANITAS E.P.S., los pagos de su licencia de maternidad correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2015, la cual asciende al valor de 1.406.606 pesos.

4. HECHOS

4.1. La accionante manifiesta haberse encontrado afiliada en calidad de cotizante independiente a la E.P.S. SANITAS, desde el mes de octubre de 2014.

4.2. Que el día 2 de julio de 2015, nació su hija SHAIRA FERNANDA RODRIGUEZ NIÑO, razón por la cual tramitó el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, dentro del término exigido por la E.P.S.

4.3. Que la entidad accionada le expidió orden de reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, y estableció que a través del banco de Bogotá, y en virtud del acuerdo 414 de pago proporcional, se le realizaran por el total de los días reconocidos (98), para un total de 2.120.729 pesos, las siguientes consignaciones: en el mes de julio de 2015, 43.280 pesos; en el mes de agosto de 2015, 670.843 pesos; en el mes de septiembre de 2015, 670.843 pesos; en el mes de octubre de 2015, 649.203 pesos; y en el mes de noviembre de 2015, 86.560 pesos.

4.4. Que la E.P.S. SANITAS, solo le ordenó pagar el valor correspondiente a los meses de julio y agosto de 2015, lo que quiere decir que solo le han girado la

✓



suma de 714.123 pesos, quedando pendiente el pago de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2015, por el valor de 1.406.606 pesos.

4.5. Que en repetidas ocasiones ha realizado el reclamo ante su E.P.S., pero la respuesta que le han brindado es que las directivas no han ordenado los giros.

4.6. Que con la negativa del pago restante correspondiente a su licencia de maternidad por parte de la E.P.S. SANITAS, considera se le están vulnerando su derecho fundamental al mínimo vital, y por ende, la alimentación de su menor hija SHAIRA FERNANDO RODRIGUEZ NIÑO.

5. DERECHOS FUNDAMENTALES CONSIDERADOS VULNERADOS

La presente acción de tutela se origina buscando el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la Vida, mínimo vital, igualdad y de los niños, de la señora **NIDYA NADIME NIÑO FORERO** y su menor hija **SHAIRA FERNANDA RODRIGUEZ NIÑO**.

6. PRUEBAS

6.1. Fotocopia del certificado de incapacidad o licencia, autorización No. 7-54404978. (folios 5 - 7)

7. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

La entidad accionada **SANITAS E.P.S.**, el día 24 del mes y año presente, allego contestación de tutela, en los siguientes términos:

7.1. Manifiesta que la accionante, actualmente se encuentra afiliada a la E.P.S. en calidad de beneficiaria amparada del señor FERNANDO RODRIGUEZ MARTINEZ,



quien presenta un ingreso base de cotización de 2.398.000 pesos, con 85 semanas de antigüedad en el SGSSS.

7.2. Que a la usuaria le fue validada y expedida la licencia No. 54404978 por 98 días, contados desde el 29 de junio al 04 de octubre de 2015, sin derecho a prestación económica por carecer del periodo mínimo de cotización, establecido en el Decreto 047 de 2000.

7.3. Que la usuaria se afilio como cotizante independiente a partir del 12 de diciembre de 2014, y anterior a esa fecha se encontraba como beneficiaria amparada.

7.4. Que el primer aporte como independiente lo realizo en el mes de noviembre de 2014 mediante planilla No. 8705368496, pero no obstante, dicho aporte no le fue compensado porque aún no estaba la afiliación vigente.

7.5. Que a partir del mes de diciembre realizo aportes al sistema bajo la condición de cotizante independiente, por ello, de acuerdo a lo anterior, incluyendo el aporte que realizo en el mes de noviembre (sin estar afiliada) las semanas efectivamente cotizadas en forma ininterrumpida a la fecha de inicio de la licencia fueron 34.43 contra 37 de gestación.

7.6. Que con base a lo anterior, se le dio aplicación a lo establecido en el Acuerdo 414 para el pago proporcional, reconociéndosele 91 días en forma proporcional a lo cotizado (259 días de gestación de 240 de cotización).

7.7. En ese orden de ideas, los periodos de junio y julio de 2015 ya le fueron pagados a favor de la usuaria, por el valor de 43.280 y 670.843 pesos, respectivamente.

7.8. Que del mes de agosto en adelante, los pagos no le han sido autorizados, toda vez que la usuaria dejo de cotizar al sistema (último pago efectuado en el mes de julio de 2015 con planilla No.8705667793).

7.9. Que en razón al artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, uno de los requisitos establecidos para acceder al reconocimiento económico por licencia de maternidad, es que al momento de la solicitud y durante la licencia no se debe tener deuda pendiente con la E.P.S. y mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el periodo en que se esté disfrutando de dichas licencias.



7.10. Que la licencia generada en un periodo determinado, necesariamente debe tener un aporte previo y oportuno para ese periodo, lo que en el caso particular, no se cumple dada la interrupción en la cotización desde el mes de agosto de 2015 en adelante.

7.11. De lo anterior, consideran que la accionante no cumplen con los requisitos para el reconocimiento económico de la totalidad de su licencia de maternidad.

7.12. Por lo tanto, solicitan se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, o en caso contrario, el reembolso por parte del Fosyga del 100% del valor de la licencia de maternidad reconocida.

8. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

8.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

El Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio en desarrollo de las facultades conferidas por la Constitución Política de Colombia y el Decreto 1382 de 2000, es competente para resolver la acción de tutela que nos ocupa, atendiendo a la calidad del accionado.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta instancia constitucional establecer si a la señora **NIDYA NADIME NIÑO FORERO** y a su menor hija **SHAIRA FERNANDA RODRIGUEZ NIÑO**, les han sido desconocidos o conculcados sus derechos fundamentales a la Vida, mínimo vital, igualdad y de los niños, por parte de la **E.P.S. SANITAS**, al negarse a reconocerle y pagarle en su totalidad (98 días) la licencia de maternidad a la que considera tiene derecho.



8.3. TESIS PARA RESOLVER EL PROBLEMA

Respecto al caso específico tenemos, que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la entidad **SANITAS E.P.S.** ha vulnerado los derechos constitucionales de la señora **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, y su menor hija, al negarle el pago total de la licencia de maternidad a que tiene derecho, pese haber sido ya reconocida, con el argumento, de que según el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, el pago del aporte en salud o cotización debe darse de manera ininterrumpida, y la accionante desde el mes de agosto de 2015 en adelante, no cumple con dicho requisito, ya que desde ese mes dejó de efectuar dichos pagos.

Bajo este contexto, y del material probatorio allegado, tendrá que establecerse desde ya, que el pronunciamiento del Juez de Tutela, para el presente caso que nos atañe, habrá de ser favorable a las pretensiones constitucionales alegadas por la accionante, pues habrá de cesar la transgresión del derecho fundamental a la Seguridad Social, no solo de la madre sino de su hija menor, los cuales han sido puesto en peligro o en estado de vulnerabilidad por parte de su Entidad Promotora de Salud - **SANITAS**-, al negarle el goce prestacional que representa el reconocimiento y pago de la incapacidad por licencia de maternidad, que se concede con el único propósito de sustituir el ingreso económico, y/o brindar apoyo o sustento a la mujer que acaba de dar a luz, y que con ocasión de ello, deberá suspender sus actividades diarias laborales, para dedicarse al cuidado de su recién nacido.

8.4. ARGUMENTOS JURIDICOS Y/O JURISPRUDENCIALES

El Despacho para resolver el presente caso, buscara apoyo jurisprudencial respecto de los siguientes temas: i) Requisitos de procedibilidad de la acción de



tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación, y ii) Pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad, extrayendo lo conceptuado en Sentencia Constitucional T - 837 de 2010, la cual regula el tema, impartiendo reglas para la ponderación y protección del derecho vulnerado en el contexto de la licencia de maternidad:

1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución de 1991, en sus artículos 43¹, 44 y 50², señala que es al Estado a quien le corresponde asistir, brindar protección y entregar un subsidio alimentario a la mujer en caso de encontrarse desempleada o desamparada, apoyando de manera especial a la mujer cabeza de familia dentro de una igualdad real y efectiva con el fin de que aquellas no sean discriminadas o marginadas por su situación económica, física o mental.

Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado adicionalmente que "el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia."³

Ahora bien, los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer que se encuentra en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación⁴, respecto de este requisito esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de este requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una

¹ Asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto.

² Garantizar los derechos fundamentales del recién nacido y en general de los menores de edad.

³ Sentencia T-788 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar, entre otros, los siguientes fallos, en los que la Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia: T-022 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-088 de 2007 (MP Manuel José Cepeda), T-204 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-283 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-689 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-917 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2007 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y T-707 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández). En algunos de los fallos antes citados, la madre devengaba un salario mínimo o menos. En tales casos se presume la vulneración del mínimo vital. En otros de los fallos citados, la Corte presume la vulneración del mínimo vital cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre. La Corte Constitucional también ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela por considerar que no se vulneraba el mínimo vital de la accionante por el no pago de la licencia de maternidad. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-1090 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-653 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-773 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-844 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-1014 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

⁴ Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 2.



vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.⁵

Y, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho⁶. En lo referente, al anterior requisito la Corte Constitucional ha establecido,⁷ que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, la EPS demandada no requirió al obligado(a) para que lo hiciera ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.⁸ Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que aun cuando se constate que la accionante ha cumplido con los presupuestos legales para que la entidad de salud demandada le pague la licencia de maternidad, para que su reclamación sea procedente a través de la acción de tutela, es preciso comprobar que hay vulneración a los derechos fundamentales del mínimo vital⁹ tanto de la madre como de su hijo recién nacido, debido al no pago de la licencia.

2. Pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

Los artículos 8, 80, 63 y 70 del Decreto 806 de 1998¹⁰, han dispuesto que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se debe tener en cuenta, los siguientes requisitos:

“(i) si el empleador incurre en mora en el pago de los aportes deberá cancelar directamente a la empleada la licencia de maternidad; (ii) la mujer debe haber cotizado, como mínimo, durante todo el período de gestación; (iii) el ingreso base de cotización durante la licencia de maternidad se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica¹¹”.

De la misma forma, el Decreto 1804 de 1999¹², señala los siguientes requisitos:

“(i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores (artículo 21¹³); (ii) que los pagos hayan sido

⁵ En reciente decisión (T-034 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), esta corporación sostuvo: “(...) cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela.”

⁶ Decreto 1804 de 1999. Art. 21, num 1.

⁷ Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Alvaro Tafur Galvis).

⁸ La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁹ Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo⁴, o cuando el salario es su única fuente de ingreso⁵ y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor⁶. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.

¹⁰ Decreto 806 de 1998.

¹¹ Sentencia T-1223 de 2008.

¹² Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

¹³ Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: || 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que



efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 21¹⁴); (iv) cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad (artículo 21); (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 21¹⁵)¹⁶.

Igualmente, el artículo 3 del Decreto 47 de 2000¹⁷, establece el período mínimo de cotización al sistema de salud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a saber:

“... Periodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes periodos mínimos de cotización:
(...)”

2. *Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (...)*”.

Efectivamente, la Corte Constitucional inicialmente dio cumplimiento a este requisito en sus fallos, es decir, que para una entidad prestadora de salud reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación¹⁸.

Posteriormente la misma Corporación, modifica su jurisprudencia teniendo en cuenta como sujetos de especial protección constitucional a la mujer embarazada y al recién nacido, aclarando que tal requisito no se puede aplicar para todos los casos, ya que “la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el periodo de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo

debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. ¶ Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el periodo de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. ¶ Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (...)”

¹⁴ Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. ¶ Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el periodo que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. ¶ En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el periodo en que esté disfrutando de dichas licencias. (...)”

¹⁵ Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. ¶ 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre periodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. ¶ Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que faltan para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.”

¹⁶ Sentencia T-1223 de 2008.

¹⁷ Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ Sentencia T-127 de 2009.



afectándose su mínimo vital¹⁹. Así, esta Corte protege mediante sus sentencias a aquellos sujetos de especial protección, inaplicado dichas disposiciones legales y en consecuencia, ordena que se reconozca y realice el pago de la licencia de maternidad aun cuando no se haya cotizado durante todo el período de embarazo a las entidades prestadora de salud. (Subrayas fuera de texto)

La Corte Constitucional ha venido desarrollando un medida²⁰ con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó. (Subrayas fuera de texto)

En la sentencia T-530 de 2007²¹, se determinaron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta regla en la jurisprudencia de la Corte:

*“(...) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006*²². En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007²³ en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007²⁴, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que “en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”²⁵.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos

¹⁹ Sentencia T-204 de 2008.

²⁰ T-034 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-206 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se ordenó el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 29 de las 39 semanas que duró el período de gestación y T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se ordenó, entre otras, el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 30 de las 39 semanas que duró el período de gestación.

²¹ Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

²² Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

²³ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁵ Ibídem.



meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).” (Subrayas fuera de texto)

En la sentencia T-530 de 2007, teniendo en cuenta las consideraciones de los casos arriba mencionados, la Corte Constitucional ordena el pago proporcional en los casos en los que sólo se había dejado de cotizar más de dos meses y pago completo en los casos en que se había dejado de cotizar menos de dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes.

9. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Sobre el particular se constata que la señora **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, dio a luz a su menor hija **SHAIRA FERNANDA RODRIGUEZ NIÑO**, el día 02 de julio de la anualidad, quedando así demostrado que la accionante solicitó el pago de la licencia de maternidad dentro del año siguiente al nacimiento de su hija, y la accionada emitió certificado de licencia de maternidad con número de autorización 7-54404978, reconociéndole el pago proporcional de 91 días de la prestación económica en que se funda la presente acción, de acuerdo a lo consagrado por el Acuerdo 414.

Por otra parte, la señora **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, sostiene en la acción de tutela que desde el mes de octubre de 2014 se encuentra afiliada como cotizante independiente, y que desde que su hija nació, ha realizado el respectivo trámite tendiente a que E.P.S. le reconozca y pague la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Que como consecuencia de su solicitud, su entidad promotora de salud, en virtud al Acuerdo 414, le reconoció el pago proporcional de 91 días de la licencia en referencia, de la cual a la fecha aún le adeuda, pese a sus repetidas insistencias, las sumas de dinero correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre del presente año.



Colorario a lo anterior, la **E.P.S. SANITAS**, aduce no haberle cancelado la totalidad de la licencia de maternidad reconocida (91 días), debido a que uno de los requisitos operantes para hacerse acreedora de dicha prestación económica, es haber realizado oportuna e ininterrumpidamente los aportes o cotizaciones en salud, y la accionante desde el mes de agosto de 2015 en adelante, dejó de realizarlos, lo que conduce a determinar que de acuerdo, a la señalado en el numeral 2 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, no cumple con el requerimiento y se encuentra en deuda con la E.P.S.

De otro lado, manifiesta la entidad de salud demandada, que la convocante constitucional, incluyendo el aporte que realizó desde el mes de noviembre, sin estar afiliada, cotizó de manera ininterrumpida, a la fecha de inicio de la licencia de maternidad 34.43 semanas de 37 de gestación, y que de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 414 para el pago proporcional a lo cotizado, le fue reconocido 91 días, de 240 de cotización y 259 de gestación.

Estudiado el caso y teniendo en cuenta las pruebas allegadas a este Despacho, obrante a folio 29, tenemos entonces que la accionante **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, del período de su gestación cotizó un total de nueve (9) meses (noviembre de 2014 a julio de 2015, mes en que inicio su licencia de maternidad), contando el mes de noviembre de 2014, en el que no se encontraba afiliada a la **E.P.S. SANITAS** y ocho (8) meses contados a partir del mes de diciembre de 2014, mes en el que ya se había vinculado a la E.P.S. como cotizante independiente, como se demuestra a continuación:

PERIODO DE GESTACION

MES COTIZADO	FECHA DE PAGO
Julio 2015	07/07/2015
Junio 2015	09/06/2015



Mayo 2015	11/05/2015
Abril 2015	15/04/2015
Marzo 2015	06/03/2015
Febrero 2015	10/02/2015
Enero 2015	07/01/2015
Diciembre 2014	09/12/2014
Noviembre 2014	09/12/2014

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que se ha señalado en esta providencia, se presume la vulneración al derecho fundamental a la Seguridad Social de la accionante y de su menor hija, razón por la cual, cabe precisar, que es la entidad prestadora de salud a la cual se encontraba afiliada durante su período de gestación, la misma a la que hoy día le sigue prestando sus servicios en salud, la obligada a reconocer y pagar la licencia de maternidad en un 100%, es decir, los 98 días, y no 91 como le fue ya reconocida, debido a que la tutelante, cotizó 240 días de manera ininterrumpida, de los 260 días exigidos por la ley, quedándole una diferencia de 20 días por cotizar.

De conformidad con las reglas que la Corte ha establecido para estos casos, tenemos que la accionante dejó de cotizar tan solo 20 días durante su período de gestación, sosteniéndonos en que **SANITAS EPS**, señala que hubo una interrupción de 20 días durante el periodo de su gestación, motivo por el cual, se ordenará a la EPS demandada, el reconocimiento y pago del 100% de la licencia de maternidad, mediante este mecanismo de protección constitucional, al encontrar que los derechos de **NIDYA NADIME NIÑO FORERO** y de su hija menor **SHAIRA FERNANDA RODRIGUEZ NIÑO**, han sido vulnerados.

Así entonces, habrá de ampararse sus derechos fundamentales a la seguridad social, para lo cual se inaplicará, por contrariar la Constitución Política de Colombia, lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 047 de 2000 y se ordenará a **SANITAS E.P.S**, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de



esta providencia, si aún no lo ha hecho, reliquide, reconozca y pague el 100% de la prestación económica por licencia de maternidad a la accionante, debiéndole descontar la suma de dinero ya cancelada con anterioridad.

Teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, esta dependencia judicial, hace un llamado de prevención a la entidad **SANITAS E.P.S**, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado dicha Corporación para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo.

La reflexión queda superada respecto a la clara posición de protección de los derechos fundamentales invocados para su protección con la argumentación de la Corte, sin embargo, es claro para este escenario de protección constitucional la relevancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la cual tiene el propósito de solventar a la madre y al recién nacido en todas sus necesidades, pues cabe recordar que esa prestación equivale al salario que debería recibir la trabajadora si estuviera ejecutando sus labores. Es por ello que el pago de esa licencia es la protección para el desarrollo del recién nacido en forma integral y la atención post-parto de la madre que dio a la luz y que precisamente por su estado no puede laborar en forma inmediata, máxime cuando su hijo neonato requiere de atenciones y cuidados especiales,²⁶ y cuyo escenario de amparo es en el que nos encontramos, amén de existir otra vía judicial para su reclamación, cuyo procedimiento que se presenta como alternativo no es idóneo para la eficaz y cierta salvaguarda de los derechos fundamentales en cuestión.

Desde este punto de vista, el juez de tutela identifica con absoluta precisión en el caso concreto, cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-204 del 28 de febrero de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional, Sentencia T-998 del catorce (14) de octubre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.



ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva (artículos 2, 5 y 86 de la Constitución Política de Colombia).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. INAPLICAR lo dispuesto en el numeral 2, artículo 3 del Decreto 047 de 2000.

SEGUNDO. AMPARAR mediante este mecanismo de defensa constitucional - tutela - los derechos de **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, en protección de los derechos suyos y de su hija menor **SHAIRA FERNANDA RODRIGUEZ NIÑO**, a la seguridad social.

TERCERO. En consecuencia, **ORDENAR** a **SANITAS E.P.S**, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia reconozca y pague el 100% de la licencia de maternidad, conforme se expuso en la parte considerativa a **NIDYA NADIME NIÑO FORERO**, deduciendo las sumas ya canceladas, para lo que en virtud de la Ley 100 de 1993, el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA (FOSYGA), deberá asumir el correspondiente reembolso, dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro.

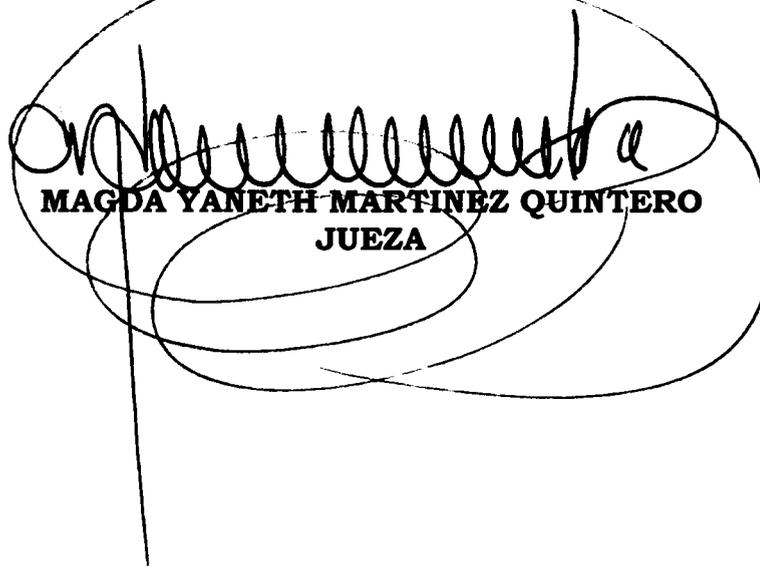
CUARTO.- PREVENIR a la entidad de salud **SANITAS E.P.S**, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado por la Honorable Corte Constitucional para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo.



QUINTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

SEXTO. Si este fallo no fuere impugnado dentro del término legal, envíese lo actuado para ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE, Y CUMPLASE



MAGDA YANETH MARTINEZ QUINTERO
JUEZA